

# A Racionalidade da Decisão Judicial na Teoria dos Princípios

\*David Wilson de Abreu Pardo

## Introdução

A racionalidade da decisão judicial não é um problema que interessa apenas ao teórico do Direito. O sistema constitucional brasileiro exige que as decisões judiciais sejam devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX, CF), como garantia da correta distribuição da justiça e das demais garantias constitucionais, que ficariam enfraquecidas se o juiz pudesse decidir sem fundamentação<sup>1</sup>. Essa exigência somente pode ser satisfeita através de uma argumentação racional. Nas palavras de Robert Alexy, a questão do que seja uma argumentação jurídica racional é um problema que “se apresenta da mesma forma insistente para os advogados praticantes e interessa a todo cidadão que seja ativo na arena pública. Da possibilidade da argumentação jurídica racional depende não só o caráter científico da jurisprudência, mas também a legitimidade das decisões judiciais”<sup>2</sup>. Portanto, no momento em que o problema da justiça se encontra na ordem do dia, voltar os olhos para a questão da racionalidade das decisões judiciais é discutir aspectos importantes da legitimidade da jurisdição e do próprio Direito. Racionalidade entendida como resolução de um problema jurídico por meio da razão, por força do melhor argumento. Ou seja, como a produção de um juízo jurídico individual (resposta judicial) correto (justo) e ao mesmo tempo assentado no qua-

dro da ordem jurídica vigente.

Com essa preocupação, o presente estudo pretende mostrar que a concepção do Direito da teoria dos princípios se apresenta suficientemente desenvolvida para responder às exigências de correção da resposta judicial produzida no quadro da ordem jurídica de um Estado Democrático. Para tanto, inicialmente se fará ligeira menção ao modo como o positivismo jurídico, representado por dois dos seus mais destacados autores do século XX, tratou insuficientemente a questão (1). Em seguida, será apresentado o conceito de princípios na teoria jurídica contemporânea (2). Depois, estudar-se-á o procedimento de aplicação imparcial do Direito que faz justiça ao conceito de princípios, revelando que tal procedimento atende às exigências de correção e certeza do Direito (3). Ao final, uma decisão judicial concreta será analisada, a fim de avaliar o potencial descritivo e a exequibilidade dos conceitos e pretensões normativas da teoria dos princípios (4).

## 1. A problemática acerca da racionalidade da decisão judicial

Pode-se considerar válida a afirmação de que o estudo do discurso judicial oferece a oportunidade para discutir o *valor* de uma teoria jurídica. Aliás, tal estudo serve para avaliar as teorias do Direito justamente porque tem por objetivo a discussão sobre critérios

\*Juiz Federal da 1ª Vara da Seção Judiciária do Acre

por meio dos quais se pode afirmar a racionalidade das decisões judiciais. Os critérios diferem de teoria para teoria, contribuindo elas, com maior ou menor sucesso, para justificar a jurisdição. É válido afirmar que a concepção positivista do Direito, por exemplo, afigura-se limitada para responder às exigências relacionadas ao complexo sistema normativo dos Estados contemporâneos, quanto ao modo de tratar adequadamente a aplicação das normas jurídicas. Voltando a atenção por um momento para dois dos mais destacados teóricos do positivismo jurídico do século XX, pode-se dizer que suas teses de interpretação e aplicação do Direito revelam certas deficiências. Estruturando o Direito com base nas regras da sintaxe e fixando a sua completude interna em uma norma fundamental (Hans Kelsen) ou em uma regra de reconhecimento (H. L. A. Hart) carentes de justificação racional, o positivismo torna a atividade do aplicador do Direito uma mera operação lógico-dedutiva. Uma decisão judicial correta é produzida mediante a subsunção do fato ao preceito normativo válido. Mas, se com isso o positivismo pretendia garantir a certeza do Direito, talvez nem esse objetivo tenha alcançado de maneira satisfatória.

Na segunda edição da *Teoria Pura do Direito* – TPD (1960), Kelsen distingue a interpretação autêntica da não-autêntica, afirmando que a primeira seria “a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica e a última a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico, mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica”<sup>3</sup>. A partir dessa distinção, Kelsen pode falar da interpretação como ato de conhecimento ou como ato de vontade: “se por interpretação se entende a fixação

por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem”<sup>4</sup>. Sendo assim, “a questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema de política do Direito”<sup>5</sup>. Mas, então, a argumentação, levada aos limites, parece desembocar em uma grave contradição. Segundo ainda Kelsen:

... pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância<sup>6</sup>.

Ora, antes de mais nada, tais afirmações parecem apontar para um grave risco

de incoerência interna da TPD, conforme acertadamente indica Marcelo Cattoni. A contradição consiste no fato de que:

... a possibilidade de produção de uma norma de escalão inferior ou a realização de um ato coercitivo que se processem fora do quadro de interpretação possíveis de uma norma superior aplicanda é, no mínimo, romper com o postulado metodológico da separação entre teoria e Sociologia do Direito, entre ciência normativa e ciência causal. A aplicação jurídica passaria a ser tratada, simplesmente, como uma questão de eficácia do Direito, ou seja, da aplicação ou não das normas jurídicas, e não mais como uma questão de validade do Direito, ou seja, de como a aplicação do Direito, segundo o próprio Direito, deve dar-se<sup>7</sup>.

Esse fato revela outro grave problema, quanto à consistência da decisão judicial, no quadro da ordem jurídica vigente. Cuida-se justamente da possibilidade admitida pela teoria kelseniana de que uma resposta judicial pode não se inserir no sistema de normas jurídicas vigentes. A garantia da certeza (segurança) do Direito parece simplesmente desaparecer, dentro de uma teoria que, elaborada com o objetivo de expurgar da ciência do Direito qualquer conotação ideológica, pretendia garantir sua pureza. Kelsen acaba pagando um preço alto pelo seu intento, tornando confusa a separação entre ciência normativa e ciência causal, postulado metodológico primeiro de sua teoria.

Também em H. L. A. Hart não se encontram formulações isentas de contradição, quanto à racionalidade da decisão judicial. É conhecida a tese de Hart de que, em razão da textura aberta da linguagem humana, o Direito também apresentaria uma textura semelhante. Isso significa que:

... há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (...) na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Num sistema em que o *stare decisis* é firmemente reconhecido, esta função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo<sup>8</sup>.

A textura aberta do Direito deixaria aos tribunais um poder de criação do Direito amplo e importante. A zona da textura aberta estaria em uma região distante da parte central do sistema de regras que são suficientemente determinadas para fornecer padrões suficientes à consistência normativa da decisão judicial. Mas, como fica a segurança (certeza do Direito), com a possibilidade de um amplo leque de problemas jurídicos serem resolvidos discricionariamente pelo julgador? Mesmo na sua resposta aos críticos, particularmente a Ronald Dworkin, Hart não responde satisfatoriamente à questão. No famoso *Postscriptum* (1994) ao *Conceito de Direito*, Hart reafirma a existência de casos em que o Direito não regula por completo. Neles haveria espaço para a criação judicial do Direito, “já que em qualquer caso difícil podem apresentar-se diferentes princípios que sustentam analogia rivais e o juiz deve decidir entre eles, apoiado, como qualquer legislador escrupuloso, em seu bom juízo acerca do que é melhor e não em uma ordem

estabelecida de prioridades escritas pela lei”<sup>9</sup>. Como apresentada, a possibilidade de criação do Direito para o caso concreto, ainda que na zona da textura aberta em que se encontram os casos difíceis, pode significar muitas coisas, menos a consistência da decisão no quadro das normas jurídicas vigentes. O fato de que se apresentem diferentes princípios para reger um caso difícil não justifica a outorga imediata de poder ao juiz para decidir de acordo com o seu *bom juízo* sobre o que é melhor. Hart não oferece argumentos que justifiquem a outorga desse poder como uma condição necessária para a correta aplicação do Direito.

Ainda que se aceitasse que o positivismo jurídico responde razoavelmente bem à exigência da certeza do Direito, haveria de ser observado que seus argumentos ficam limitados a esse aspecto, em detrimento da correção da resposta judicial. No fundo, o problema do positivismo jurídico, como aponta Robert Alexy, e que, ao defender rigidamente a tese da separação entre Direito e moral e, em razão disso, identificar o Direito com a lei (material dotado de autoridade e eficácia social), ele tem necessariamente de defender que nos casos duvidosos a decisão está determinada por fatores extrajurídicos. Já o não-positivista, como não identifica o Direito com a lei, para ele a decisão pode estar determinada também pelo Direito quando a lei não a estabelece obrigatoriamente<sup>10</sup>. A racionalidade das decisões judiciais referida exclusivamente ao seu enquadramento em um sistema fechado e lógico de normas jurídicas empobrece a prática jurídica moderna e, portanto, o próprio entendimento do Direito moderno. Quando se fala em racionalidade da decisão judicial, deve-se fazer referência não

só à certeza do Direito (segurança jurídica), mas também à correção da resposta judicial (aceitabilidade racional ou justiça da decisão judicial)<sup>11</sup>. Aferir se uma norma produz justiça no caso concreto é possível se se admite a existência no ordenamento jurídico de normas de tipo especial, aplicáveis apenas *prima facie*. Assume-se a idéia de que uma norma não pode ser imediatamente aplicada ao caso somente porque a ele é *prima facie* aplicável. Outras normas podem também ser aplicáveis ao mesmo caso, e decidir qual vai resolver corretamente o problema exige a observância de um complexo procedimento de aplicação imparcial do Direito, bem além das orientações metodológicas fixadas pelo positivismo jurídico. Estas normas aplicáveis apenas *prima facie* são os princípios e sua presença no ordenamento implica a construção de uma estrutura argumentativa racional de aplicação do Direito em que as fundamentações jurídicas podem ser praticadas como um jogo de pró e contra, como se verá a partir de agora.

## 2. O conceito de princípios na teoria jurídica

Não se pode negar a posição central dos princípios na teoria jurídica contemporânea. Na verdade, não é de hoje que a teoria jurídica reconhece a importância dos princípios no Direito. Escrevendo sobre o raciocínio judiciário depois de 1945, Chaïm Perelman destaca que:

... os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o Direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõem-se a todos aqueles para quem o Direito é a expressão

não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça<sup>12</sup>.

Perelman também faz referência aos princípios gerais do Direito, comuns a todos os povos civilizados, dizendo que, antes de serem um retorno ao Direito natural clássico, eles representariam “uma volta à concepção de Aristóteles que, ao lado das leis especiais, escritas, afirma a existência de um Direito geral, todos esses princípios não escritos que se supõem ser reconhecidos em toda parte”<sup>13</sup>. E noticia ainda que Josef Esser elaborou trabalhos originais, desde a década de 50, sobre a busca de uma decisão judiciária aceitável, sendo seus esforços continuados no Continente por vários outros autores, que exerceram influência em juristas anglo-americanos, como Ronald Dworkin<sup>14</sup>.

Karl Larenz, citando outros autores, igualmente realça o lugar privilegiado dos princípios na metodologia jurídica moderna. Larenz afirma que Ralf Dreier, em um texto sobre o conceito de Direito, sublinhou a existência de princípios ético-jurídicos como parte constitutiva necessária do Direito vigente. E uma das principais razões para isso seria a de que “existiriam imanentes a todas as ordens jurídicas desenvolvidas princípios que por força da sua estrutura e da fundamentação da sua validade rebentam com o conceito positivista de Direito. E isto fá-lo-iam porque convertem em dever jurídico a realização aproximativa de um ideal moral”<sup>15</sup>. Da mesma maneira que Perelman, Larenz faz referência aos trabalhos de Josef Esser da década de 50, nos quais à prática jurisprudencial é adjudicado o “papel de funcionar como um

transformador dos princípios pré-positivos em proposições e instituições jurídicas positivas”<sup>16</sup>.

Mas é na obra de Ronald Dworkin que a noção de princípios adquire proeminência definitiva no interior de uma concepção sistematizada do Direito. A teoria jurídica dworkiana erige os princípios como os elementos nucleares de uma teoria da prestação jurisdicional instituinte de Direitos<sup>17</sup>, superando a concepção de que eles teriam uma mera função subsidiária na solução dos conflitos. Em *Taking Rights Seriously* (1977), Dworkin propõe uma teoria do direito baseada em princípios, segundo ele, preceitos qualitativamente diferentes das normas jurídicas, para enfrentar e defender a tese de uma resposta correta para os casos difíceis<sup>18</sup>. Os princípios são definidos como *standards* que devem ser observados por se constituírem numa exigência da justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, estando sua aplicação vinculada ao critério da importância ou peso relativo de cada um, na hipótese de conflito. Segundo a tese dos direitos, os indivíduos podem ter direitos que não são só aqueles positivamente outorgados pela legislação, costume ou prática judicial cotidiana. Há direitos que são instituídos através de uma decisão complexa, específica, em face de um caso difícil (*hard case*). Para a decisão do caso difícil, o autor americano propõe a tese da resposta correta, segundo a qual “a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivas agasalham, não havendo espaço para a sua criação, para o ato discricionário do juiz”<sup>19</sup>, nas palavras de Vera Karam.



De acordo com tal teoria da adjudicação, a atividade judicial constrói argumentativamente a resposta correta para um caso difícil através de juízos interpretativos que entendem a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento<sup>20</sup>. Dworkin denomina a concepção do Direito como interpretação construtiva da prática jurídica de o *Direito como integridade*. O ideal da integridade se agrega aos princípios da justiça, equidade e devido processo, a fim de ser construída uma estrutura política justa, e cujo sentido, como ideal político, traduz-se na exigência de que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, ou, na linguagem comum, que os casos parecidos devem ser tratados de forma parecida<sup>21</sup>. A teoria pede, portanto, que os juízes admitam, na medida do possível, que “o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pedelhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”<sup>22</sup>. Para Dworkin, somente assim pode ser pensada uma comunidade de princípios, uma comunidade em que as pessoas aceitam que as governam princípios comuns e não só regras estabelecidas pelas instituições políticas.

Robert Alexy aproveita as descobertas de Dworkin e realiza uma refinada sistematização dos conceitos relativos à estrutura da norma jurídica, distinguindo qualitativamente os *princípios* das *regras*. Os princípios são normas que se caracterizam pelo fato de que a medida de seu cumprimento é dependente das possibilidades reais e jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado

por princípios e regras opostos. Ou seja, as consequências jurídicas determinadas por um princípio são cumpridas se ele, em virtude do conjunto de circunstâncias jurídicas e reais, adquire precedência frente a outros princípios e regras. Portanto, os princípios são mandamentos *prima facie*, pois “do fato de que um princípio valha para um caso não se infere que o quê o princípio exige para este caso valha como resultado definitivo”<sup>23</sup>. Já as regras, como normas que só podem ser cumpridas ou não, sendo válidas implicam a exata realização daquilo que exigem, nem mais nem menos. As regras são válidas ou inválidas, não existindo meio termo, pois o conceito de validade jurídica não é graduável. Se a regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela ordena, de maneira definitiva. Apesar disso, não se pode concluir que as regras sempre apresentam um critério de aplicação à maneira do tudo-ou-nada, disjuntivamente, enquanto os princípios enunciam sempre uma razão que indica uma direção, sem no entanto levar necessariamente a uma determinada decisão. Ocorre que do lado das regras torna-se possível introduzir uma cláusula de exceção, cujo fundamento pode ser um princípio<sup>24</sup>, que retira delas o seu caráter definitivo para o caso em questão. Não é possível, ainda que teoricamente, enumerar todas as cláusulas de exceção oponíveis às regras, principalmente se tais exceções são fundadas em princípios.

Essas observações, se tornam mais complexa a caracterização de ambos os tipos de normas, muito além do critério do tudo-ou-nada, não os tornam equivalentes, pois, ainda que não se possa enumerar todas as exceções oponíveis às regras (especialmente as exceções fundadas em princípios), também é verdade que sempre haverá, num ordenamen-

to jurídico, *princípios formais* estabelecendo que devem ser observadas as regras impostas por autoridades legítimas. Alexy introduz o conceito de *princípios formais*, que parece corresponder aos princípios da legalidade e da autoridade competente, para afirmar que “só se a tais princípios não se lhes dá já nenhum peso, o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto tais, as regras e os princípios teriam o mesmo caráter *prima facie*”<sup>25</sup>. A partir do momento que isso não ocorre, ou seja, considerando que o *princípio formal* é particularmente relevante, principalmente num Estado de Direito, sempre se dará algum peso considerável a ele, razão pela qual mantêm as regras sua característica, embora de modo não absoluto, de valerem em definitivo.

Importante observar que a adoção de um modelo de ordem jurídica que combina regra e princípio, vinculando os dois níveis normativos, é preferível a um modelo puro de princípios, ou a um modelo puro de regras. Na verdade, um modelo puro de princípios tem o inconveniente de substituir completamente a vinculação ao texto legal pela ponderação, de acordo com o jogo de prós-e-contras. No outro extremo, um modelo puro de regras, a par da segurança jurídica e da previsibilidade dele decorrentes, não apresenta elementos suficientes para enfrentar o grau de complexidade da ordem jurídica dos Estados contemporâneos. Essa complexidade diz respeito à necessidade de considerar as condições e circunstâncias relativas ao caso concreto para que se possa definir a norma jurídica que vai ser aplicada. Somente considerando a norma jurídica como princípio torna-se possível ponderar as circunstâncias reais e jurídicas (outras normas *prima facie* aplicáveis ao

caso), aplicando-se a determinação daí resultante<sup>26</sup>. Pelo modelo combinado, consegue-se coordenar um certo grau de flexibilidade normativa, necessário para a ponderação das normas *prima facie* aplicáveis, com uma medida necessária de segurança jurídica, garantida pelo caráter de regra das normas e manifestada pela vinculação do discurso de aplicação do Direito ao texto legal.

Enfim, pode-se dizer que os princípios são mandamentos (normas) cuja conduta exigida somente se pode determinar uma vez que se conheçam as circunstâncias do caso. Os princípios e regras teriam então um caráter diferente como razões para juízos concretos de dever ser. Os princípios são sempre razões *prima facie*. As regras, a menos que se haja estabelecido uma exceção, razões definitivas. Por isso, e resumindo o que foi dito, enquanto os princípios são normas aplicáveis apenas *prima facie*, as regras são normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica. Essa descoberta permitirá mostrar, mais adiante, que a aplicação dos princípios conduz ao estabelecimento de uma regra que representa uma razão definitiva para um juízo concreto de dever ser. De que maneira esses conceitos da teoria dos princípios tornam possível afirmar a racionalidade da decisão judicial é algo que fica claro quando se estuda o procedimento imparcial de aplicação de normas implicado pela própria teoria. É o que se fará em seguida.

### 3. A racionalidade da decisão judicial na teoria dos princípios

Se os princípios são normas aplicáveis apenas *prima facie*, então é possível conceber

o ordenamento jurídico como um sistema de normas que estão sempre disputando entre si para reger os casos concretos. É o que defende Klaus Günther, para quem o caráter de princípio das normas jurídicas implica uma concepção do Direito como sistema de normas aplicáveis *prima facie* a uma diversidade de situações possíveis, que concorrem no momento de aplicação a reger um caso concreto<sup>27</sup>. No sistema jurídico em que normas concorrem para resolver um problema, somente a determinação inequívoca da referência situacional torna possível identificar a norma correta a ser aplicada. A concorrência entre normas se dá na forma de oposições. As oposições entre normas são chamadas de *colisão de princípios* e *conflito de regras*, e têm em comum o fato de que “duas normas, aplicadas independentemente, conduzem a resultados incompatíveis, ou seja, a dois juízos de dever ser jurídico contraditórios”<sup>28</sup>. O conflito de regras resolve-se no âmbito da validade, pois não podem coexistir duas regras, no mesmo ordenamento jurídico, que conduzam a resultados diferentes, pelo simples fato de que elas são ou não aplicadas. Nessa tarefa, podem ser utilizados todos os recursos já mencionados pela Teoria Geral do Direito, como os critérios da especialidade, anterioridade e hierarquia<sup>29</sup>. Já na dimensão do peso ou da importância é que se encontra a forma de solucionar a colisão entre princípios. Se ocorre uma colisão entre princípios válidos, configura-se a hipótese de uma circunstância jurídica (que é um princípio) se opor a outro princípio, ambos pretendendo aplicação ao caso.

Para Alexy, a solução de uma colisão de princípios ocorre na medida em que, tendo em conta as circunstâncias do caso, se esta-

belece entre os princípios uma relação de precedência condicionada. A determinação desta relação consiste em que, “tomando em conta o caso, se indicam as condições sob as quais um princípio precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada inversamente”<sup>30</sup>. Sendo assim, “de um enunciado de preferência sobre uma relação de precedência condicionada se segue uma regra que prescreve a consequência jurídica do princípio que tem preferência quando se dão as condições de preferência”<sup>31</sup>, proposição que permite a Alexy formular uma lei de colisão, segundo a qual “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente”<sup>32</sup>. Se sob as circunstâncias do caso o princípio *P1* precede ao princípio *P2*, que com aquele colide, então daí deriva uma regra *R* proibitiva de aplicação de *P2* e que determina as consequências jurídicas da aplicação de *P1*. Através da ponderação entre seus pesos relativos, de acordo com as circunstâncias do caso, é indicado o princípio que vai ser aplicado para resolver o problema. Chama-se ponderação o processo de averiguar qual dos princípios, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso no caso concreto. A ponderação produz uma regra concreta, a regra de decisão do caso.

Essas últimas observações põem em destaque a força normativa dos princípios, conquanto deles se possa afirmar que não são nunca razões definitivas para um juízo concreto de dever ser, pois constituem sempre mandamentos *prima facie*. Ocorre que o princípio, através do processo de ponderação, adquire precedência frente a outro(s) e como a determinação de uma relação de prece-



dência é, de acordo com a lei de colisão, o estabelecimento de uma regra, o mandamento *prima facie* torna-se definitivo para o caso em questão. De modo que a regra resultante desse processo, conforme a definição própria das regras, é o juízo concreto de dever ser derivado do princípio que será aplicado ao caso. Para enfrentar a crítica de que o processo de ponderação conduziria à discricionariedade judicial (porto no qual parecem ter ancorado Kelsen e Hart), Alexy formula a lei da ponderação, responsável pela racionalidade do procedimento, esclarecendo que são os enunciados que estabelecem as preferências condicionadas entre os princípios que devem ser fundamentados. Ou seja, “uma ponderação é racional se o enunciado de preferência a que conduz pode ser fundamentado racionalmente”<sup>33</sup>. Nesse processo, que se refere à fundamentação de regras relativamente concretas, podem ser utilizados todos os argumentos possíveis da justificação jurídica, inclusive os cânones da interpretação tradicional, elementos dogmáticos, empíricos, político-constitucionais e valorativos.

Mas também devem ser utilizados argumentos específicos da ponderação que justificam a racionalidade do enunciado de preferência. Internamente, o enunciado de precedência se justifica na medida em que obedece a uma regra segundo a qual “quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”<sup>34</sup>. A lei da ponderação, portanto, expressa o que deve ser justificado racionalmente no processo de ponderação. O enunciado de preferência condicionado, como resultado de um processo de ponderação, somente se justifica quando a afetação de um princípio ocorre na medida de

satisfação do princípio precedente. A medida permitida de não satisfação ou de afetação de um dos princípios depende do grau de importância da satisfação do outro. E, se sobre a base da decisão de ponderação sempre é possível formular uma regra (lei de colisão), isso que quer dizer que a ponderação no caso particular e a universalidade não são inconciliáveis<sup>35</sup>. As circunstâncias do caso, que servem para determinar o princípio precedente, servem igualmente para fundamentar uma regra de decisão. Essa regra deve constituir uma razão *prima facie* aplicável a casos futuros, segundo o requisito da universalidade.

Por tudo isso, pode-se afirmar que o processo de ponderação constitui uma estrutura argumentativa racional, por meio da qual se pode chegar a resultados corretos sobre normas que disputam entre si para reger um caso. Normas válidas concorrem entre si e sua validade permanece depois de encerrado o procedimento de ponderação para solução de um caso, mesmo que algumas delas sejam afastadas, já que somente uma seria a adequada. Definir os princípios como normas aplicáveis apenas *prima facie* possibilita pensar o Direito como um sistema aberto, no qual as relações das normas válidas modificam-se, dependendo da constelação de características relevantes do caso a ser decidido. Somente a aplicação da quantidade móvel e livre dos princípios conduziria a uma estrutura determinada de relações recíprocas, e isso após a determinação inequívoca da relação com a situação da respectiva norma adequada. Na verdade, somente a determinação inequívoca da referência situacional torna possível identificar a norma correta a ser aplicada, através da fundamentação de uma relação de precedência condicionada. Como diz Habermas,

“somente quando se conclui que uma norma válida é a única norma apropriada a um caso a ser decidido, ela fundamenta um juízo singular, que pode ser correto”<sup>36</sup>.

A essa altura, um esclarecimento se tornou necessário e urgente. Na verdade, como se explica que normas sejam aplicáveis apenas *prima facie*? Essa questão é plenamente resolvida quando se revela que a validade de uma norma significa apenas que ela foi imparcialmente justificada. Mas a sua justificação imparcial não diz tudo sobre sua adequação aos casos problemáticos. Por isso, todas as normas vigentes são tidas como naturalmente indeterminadas e carentes de interligações suplementares no caso concreto, de maneira que o discurso de aplicação deve levar em conta a *relação adequada* da norma à situação específica. Sendo impossível a antecipação de todas as situações futuras que uma norma pode enfrentar, ela acaba por não regular sua própria aplicação. Como pode naturalmente se deduzir, isso explica o fato de coexistirem normas válidas no sistema, que disputam entre si como candidatas a reger um caso. A colisão não tem nada a ver com a validade, mas com a adequação de uma norma que é *prima facie* aplicável<sup>37</sup>. O argumento também esclarece o que se quer dizer quando se fala em princípio como espécie de norma jurídica. Antes de fazerem parte de um reino metafísico, como alegam Larry Alexander e Kenneth Kress<sup>38</sup>, os princípios apresentam a mesma condição ontológica das regras: são também o significado de um enunciado normativo, cuja validade é sustentada por enunciados de validez normativa. Os argumentos utilizados através dos enunciados de validez normativa dirão coisas diferentes, dependendo da teoria da validade adotada. Mas

o critério adotado serve para validar tanto os princípios como as regras<sup>39</sup>.

Nesse contexto, a aplicação imparcial de normas adquire contornos bastante complexos, requerendo um procedimento em que todas as características de uma situação sejam consideradas. E a descrição completa de um caso concreto exige uma interpretação coerente de todas as normas válidas que são *prima facie* aplicáveis<sup>40</sup>. Ainda para Günther, “somente é possível a identificação de uma norma que é *adequada* a uma situação se os participantes *esgotaram* todas as normas *prima facie* aplicáveis, com respeito a uma descrição completa da situação”<sup>41</sup>. Ao realizar esse procedimento, ao mesmo tempo as partes estão pressupondo que todas as normas válidas constituem, em última instância, um sistema ideal coerente que dá a cada caso exatamente uma resposta correta. Assumir essa noção complexa de imparcialidade obriga levar em conta, no discurso de aplicação, todas as normas *prima facie* aplicáveis ao caso, levantadas ou não pelas partes, e de acordo com as suas exigências descrever o mais completamente possível a situação de aplicação, a fim de encontrar a norma que, resolvendo o caso, não deixa qualquer vestígio de injustiça. Isso torna possível pensar na abertura do sistema de normas jurídicas às alegações das partes fundadas na Constituição e demais leis. Tais alegações devem ser levadas em conta na decisão, para que se possa pensar na cidadania ativa que se transforma em uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*, no dizer de Peter Häberle<sup>42</sup>.

A noção de imparcialidade assim delineada exige não mais considerar o Direito como um “ordenamento de per si racional,

harmônico e sistemático de regras claras e distintas ou como um ordenamento de regras previamente racionalizado, harmonizado, sistematizado e integralizado pelos juristas em sua doutrina de operar<sup>43</sup>. Não se pode mais reduzir a estrutura da norma jurídica à estrutura das regras, sob pena de os direitos não serem tomados a sério, em todo a sua extensão. Decidir um caso argumentando apenas a partir de um único princípio é operar no sistema de normas sob o ponto de vista de paradigmas ultrapassados, que não conseguem mais dar conta das exigentes expectativas dos civis quanto à garantia da certeza e da correção da decisão judicial. Na verdade, todo o ordenamento deve ser aplicado para resolver a situação, como sistema idealmente coerente que assume uma ordem transitiva em face do caso, fornecendo a resposta correta.

Esse último postulado, por certo, assemelha-se à exigência presente na teoria do Direito como integridade de Dworkin, segundo a qual os juízes devem admitir que o Direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo. Mas a exigência é apenas uma condição para afirmar a racionalidade da jurisdição. Um pressuposto idealizado para que se torne possível um processo correto de aplicação do Direito. No fundo, quando se trabalha na perspectiva de uma ciência reconstrutiva, em que se abandona a teoria dos dois mundos:

... um leque de idealizações inevitáveis forma a base contrafactual de uma prática de entendimento factual, a qual pode voltar-se criticamente contra seus próprios resultados, ou transcender-se a si própria. Deste modo, a tensão entre idéia e realidade irrompe na própria facticidade de formas

de vida estruturadas linguisticamente. Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida, a prática comunicativa cotidiana, porém, sem essa transcendência intramundana, não pode haver processos de aprendizagem<sup>44</sup>.

As exigências normativas da teoria dos princípios constituem os pressupostos de uma prática jurídica que deve fundamentar racionalmente as decisões judiciais que produz. E a melhor maneira de comprovar isso é através da análise de uma decisão judicial concreta.

#### 4. Breve análise de uma decisão judicial à luz da teoria dos princípios

Sendo assim, convém analisar material empírico (decisão judicial concreta), a fim de testar o potencial descritivo da teoria dos princípios e, ao mesmo tempo, detectar vestígios da razão na ação concreta dos operadores do Direito, como permite pensar uma ciência reconstrutiva. Para tanto, foi coletada uma decisão proferida pelo *Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, com sede em Brasília – DF, nos autos do processo de *Apelação Cível em Ação Civil Pública 1999.01.00.068900-9/AC*, em que figuram como apelados o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado do Acre – MP e como apelante a Construtora Norberto Odebrecht S/A – CNO, processo no qual o autor deste artigo funcionou como juiz federal que prolatou a sentença de mérito de primeira instância. Sucintamente, o caso versa sobre o pedido de nulidade de licitação para a construção das obras conhecidas como o Canal da Maternidade e a Estação de Tratamento de Água de Rio Branco, Capital do Estado do Acre, com recursos provenientes do Fundo de Garantia por Tempo de

Serviço – FGTS, geridos pela Caixa Econômica Federal – CEF. Na ação, o Ministério Público falou de ilegalidade do procedimento licitatório e dos contratos já assinados entre o Estado do Acre e a CNO (vencedora da licitação), bem como do superfaturamento das obras. Além da nulidade da licitação e dos respectivos contratos, pediu que a CEF fosse condenada a assegurar as linhas de financiamento das obras, a fim de que estas fossem efetivamente realizadas, mediante realização de nova licitação e novos contratos, respeitando a lei. Ocorre que, àquela altura, com a notícia de ilegalidade e superfaturamento das obras, a CEF houve por denunciar em juízo o contrato de financiamento que mantinha com o Estado do Acre, sem que as obras tivessem sido efetivamente realizadas.

No provimento de mérito de primeiro grau, o pedido foi quase que integralmente acolhido, declarando-se nula a licitação e os contratos firmados entre o Estado do Acre e a CNO, bem como condenando-se a CEF a financiar as obras com recursos oriundos do FGTS, apesar da denúncia do contrato de financiamento anterior. Em razão disso, o Estado do Acre foi condenado a realizar as obras, com recursos oriundos do FGTS via CEF, mediante a realização de nova licitação e novos contratos com a estrita observância da legislação pertinente. O argumento usado para fundamentar a condenação de financiamento e realização das obras teve como núcleo normativo o princípio do direito à saúde, que impõe ao Estado o dever de garanti-lo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (art. 196, CF). Contra essa decisão de primeira instância insurgiu-se a CNO, vez que sucumbente na ação, na medi-

da em que teve o seu vínculo contratual com o Estado do Acre declarado nulo. No recurso, a CNO alegou toda a matéria de Direito discutida em primeiro grau, importando, neste momento, os argumentos que serviram para fundamentar a condenação de financiamento e realização das obras públicas.

Pois bem, da ementa do acórdão elaborado pela Juíza Assusete Magalhães, relatora do recurso, convém destacar os seguintes trechos:<sup>45</sup>:

(...)

II – Objetiva o Ministério Público defender, por meio da presente ação, o interesse público e social contra alegados abusos e ilegalidades cometidos na contratação de serviços (*sic*), remunerados com dinheiro público – inclusive com financiamento gerado por recursos originários do FGTS, cuja gestão cabe à União Federal, com o concurso da CEF, agente operadora de sua aplicação – daí resultando prejuízos à saúde pública, com a não-realização de obras de saneamento básicas necessárias à preservação da saúde da coletividade...

(...)

V – O direito à saúde – de que tratam os arts. 6º e 196 da CF/88 e que tem, como fator determinante o saneamento básico, dentre outros, cabendo ao Estado prover as condições indispensáveis ao pleno exercício daquele direito (arts. 2º e 3º da Lei 8.080/90) – não pode ser suprimido da apreciação judicial, de vez que de nada adiantaria estar previsto no ordenamento jurídico, se não pudesse ser exercido, e, ademais, *in casu*, a necessidade e até mesmo a prioridade das obras referentes ao Canal da Maternidade e à estação de tratamento de água de Rio Branco/AC já foram objeto de chancela do Poder Público, através das várias institui-

ções envolvidas, que, assim, já exerceram o seu poder discricionário, inclusive com a determinação de liberação de verbas para a realização das obras.

Sob certa ótica positivista, o caso poderia ter sido resolvido com a aplicação imediata e isolada do princípio constitucional que outorga ao Poder Executivo “o gozo de total liberdade e discricionariedade para eleger as obras prioritárias a serem realizadas, ditando a oportunidade e conveniência desta ou daquela obra, não sendo dado ao Poder Judiciário obrigá-lo a dar prioridade a determinada tarefa do Poder Público” (STJ, 1ª Turma, AGA 138901/GO, Rel. Min. José Delgado, *DJ* de 17/11/1997, p. 59456). A aplicação de tal princípio, que tem raízes firmes no modelo liberal de Estado, levaria à reforma da decisão de primeira instância. Se assim se tivesse decidido, sem maiores considerações, haveria de estar sendo aplicado um princípio como regra, descurando-se da concorrência de outros princípios (outras normas aplicáveis *prima facie*). Sob outra ótica (que ainda corresponde a um certo positivismo), entendendo-se que o caso se situa em uma zona de incerteza causada pela imprecisão das regras jurídicas, o juiz estaria liberado para decidir livremente, exercendo discricionariamente sua competência judicante. Sendo assim, tanto poderia decidir pelo acolhimento do pedido quanto por sua rejeição. O resultado, nessa segunda visão, não se apresentaria racional porque não seria fruto de um procedimento imparcial de aplicação de normas, mas produto do bom juízo do magistrado acerca do que é melhor.

Se se adota a estrutura normativa de aplicação do Direito elaborada pela teoria

dos princípios, a exigência imediata é que sejam levadas em conta todas as normas *prima facie* aplicáveis ao caso. Assim considerando, a situação de aplicação haveria de ser descrita baixo as exigências de cada norma aplicável *prima facie*. É claro que no sistema jurídico vale plenamente o princípio segundo o qual a Administração Pública tem o poder discricionário de eleger as obras prioritárias que deve realizar. No entanto, também vale o princípio segundo o qual o Estado deve proteger o direito à saúde dos cidadãos, através de atividades materiais como a execução de obras. De acordo com o julgado, a referência situacional do caso revela que já houve manifestação formal da Administração Pública de que as obras eram convenientes e necessárias para garantir o direito à saúde. Há uma circunstância presente no caso, quando se o descreve completamente, que evidencia a inadequação do princípio da discricionariedade da Administração Pública para resolvê-lo. Como continuar afirmando que a Administração Pública possui discricionariedade para eleger as obras que pretende executar se, no caso, as obras *sub judice* já foram consideradas convenientes e necessárias, pelas próprias instâncias administrativas competentes, para a garantia de um direito fundamental?

É interessante observar que o direito à saúde (art. 196 da Constituição Federal) integra o elenco dos direitos à prestação. Mesmo assim, como diz Alexy, a questão dos direitos sociais definitivos do indivíduo também pode ser tomada como uma questão da ponderação entre princípios:

Por um lado se encontra, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Por outro, encontram-se os princípios formais da compe-



tência de decisão do legislador democraticamente legitimado e o princípio da divisão de poderes, assim como também princípios materiais que, sobretudo, referem-se à liberdade jurídica de outros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e bens coletivos<sup>46</sup>.

Sendo os direitos fundamentais sociais uma questão de princípio, isso quer dizer que eles podem apresentar mais força que o princípio da competência orçamentária do legislador, por exemplo, se o caso fornecer razões suficientes. O que deve sempre ser reafirmado é a necessidade de ponderação dos direitos, através de uma estrutura argumentativa racional, na forma proposta pela teoria dos princípios.

Pode-se então afirmar que *a norma adequada para reger o caso é aquela cujo conteúdo ordena ao Estado (Poder Executivo) financiar e realizar obras de saneamento já reconhecidas pelas próprias instâncias administrativas competentes como prioritárias e necessárias para garantir o direito fundamental à saúde*. Essa a regra de decisão que se encontra formulada no julgado parcialmente transcrito e com a qual se concorda plenamente, pois de fato é a única que, aplicada ao caso, não deixa qualquer vestígio de injustiça. Tal regra é o resultado de uma relação de precedência condicionada fundamentada racionalmente nos fatos da questão, pois são indicadas as condições sob as quais um princípio precede a outro. Tais condições, repita-se, referem-se ao fato de que o direito fundamental à saúde se considera violado com a não-realização das obras de saneamento e ao fato de que o Poder Executivo já exerceu seu poder discricionário de eleger as obras como prioritárias e necessárias. Por

essa razão, pode ser constrangido judicialmente a de fato financiar e realizar as obras. Ao mesmo tempo, é uma regra de decisão que se encaixa na ordem jurídica vigente e respeita o requisito da universalidade. Ou seja, ainda que possua baixo grau de generalidade (pelo menos em comparação com o princípio que outorga discricionariedade à Administração Pública), na verdade é uma regra que tem alcance para casos futuros com as mesmas características. Nos casos futuros, constitui uma razão *prima facie* que fará parte do discurso de aplicação, funcionando, na verdade, como um princípio.

## Considerações finais

Para finalizar, convém retomar o que de mais importante ficou dito no texto. O objetivo foi defender a tese segundo a qual a teoria dos princípios fornece elementos conceituais necessários e suficientes para afirmar a racionalidade da decisão judicial, entendida como a produção de um juízo jurídico individual correto. Através dessa locução se quer fazer referência à resposta judicial tomada no quadro da ordem jurídica vigente e ao mesmo tempo aceitável, justa.

Ficou dito que o positivismo jurídico, firme na tese da separação entre Direito e moral e, portanto, na concepção do Direito como sistema constituído apenas de material dotado de autoridade e eficácia social (lei), alimenta uma metodologia jurídica empobrecida, que não dá mais conta das exigências próprias de um Estado Constitucional Democrático. A fundamentação racional das decisões judiciais está diretamente ligada à legitimidade da jurisdição, uma das expres-

sões do Estado contemporâneo. Ao mesmo tempo em que não se preocupa com a justiça de aplicação do Direito, o positivismo nega a racionalidade da decisão dos casos duvidosos (difíceis), pois nestes a base da solução não seria jurídica. Ou seja, contradiz o próprio postulado de segurança jurídica, tão caro aos positivistas.

Já a teoria dos princípios assume a tarefa de configurar um procedimento de aplicação imparcial de normas através do qual se afirma a racionalidade das decisões judiciais. Na verdade, o próprio conceito de princípios leva à adoção de um procedimento de aplicação de normas no qual a justificação jurídica se processa através de um jogo de prós e contras. Na medida em que as normas do sistema jurídico são aplicáveis apenas *prima facie*, o jogo permite o controle dos argumentos

levantados no discurso de aplicação do Direito, para que seja identificada a única norma que efetivamente aplicada ao caso o resolve da melhor maneira, sem deixar vestígios de injustiça. A relação de precedência condicionada indica que um princípio é precedente em face das condições do caso.

Sem dúvida que o modelo apresenta um caráter ideal, o que quer dizer que na prática real as coisas podem se realizar apenas de maneira aproximada. Mas isso não advoga em desfavor da teoria dos princípios. Uma teoria normativa se estrutura como base contrafactual para fazer valer processos de aprendizagem cada vez mais rigorosos. No fundo, a base contrafactual encontra abrigo na realidade mesma, como permitiu constatar a análise de uma decisão judicial concreta.

---

#### Notas

<sup>1</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, 1998, 1ª vol., p. 51.

<sup>2</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*, 2001, p. 13 (prefácio).

<sup>3</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, 1994, p. 388.

<sup>4</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 390.

<sup>5</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 393.

<sup>6</sup> KELSEN, *op. cit.*, p. 394-395.

<sup>7</sup> CATTONI, Marcelo. *Direito processual constitucional*, 2001, p. 51-52.

<sup>8</sup> HART, H. L. A. *O conceito de Direito*, 1986, p. 148-149.

<sup>9</sup> HART, H. L. A. *Postscriptum ao conceito de Direito*, In: *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*, 1997, p. 139.

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *El concepto y validez del Derecho*, 1997, p. 19.

<sup>11</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 1997, vol. I, p. 247: "o problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção".

<sup>12</sup> PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, 1999, p. 95.

<sup>13</sup> PERELMAN, *op. cit.*, p. 103.

<sup>14</sup> PERELMAN, *op. cit.*, p. 112.

<sup>15</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*, 1997, p. 180.

<sup>16</sup> LARENZ, *op. cit.*, p. 192.

<sup>17</sup> Para uma introdução à teoria de Dworkin, cf. a excelente monografia de Vera Karam de Chueiri, *A dimensão jurídico-ética da razão – o liberalismo jurídico de Dworkin*, mimeo, s.d., 42 p.

<sup>18</sup> Na versão em espanhol, DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, 1989, p. 72 e ss.

<sup>19</sup> Vera Karam, *op. cit.*, p. 02.

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*, 1999, p. 272 e ss.

<sup>21</sup> DWORKIN, *op. cit.* p. 201-202.

<sup>22</sup> DWORKIN, *op. cit.* p. 291.

<sup>23</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, p. 99.

<sup>24</sup> Cf. ALEXY, *op. cit.* p. 99.

<sup>25</sup> ALEXY, *op. cit.* p. 100.

<sup>26</sup> Cf. ALEXY, *op. cit.* p. 118 e 129. A esse respeito, complementa o autor, na p. 126, apoiando-se no estudo da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: "... los criterios libres de ponderación pueden abarcar correctamente hasta un cierto punto, los casos claros pero, a más tardar, en los casos dudosos, se ve claramente que estos criterios no son más que la expresión de determinadas relaciones de preferencia entre los principios." Em outro lugar, Alexy fala de um modelo completo de sistema jurídico composto de três níveis: regras/princípios/procedimento. Este último nível é o lado ativo do sistema e o que assegura sua racionalidade. Cf. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, p. 172-177. Na verdade, constitui o procedimento de aplicação de normas que faz justiça ao conceito de princípios e, assim, o próprio núcleo temático deste trabalho.

<sup>27</sup> Cf. GÜNTHER, Klaus. *Sense of appropriateness: application discourses in morality and law*, 1993, p. 207 e ss.

<sup>28</sup> ALEXY, *op. cit.* p. 87.

<sup>29</sup> Sobre esses critérios, cf. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1994, p. 92 e ss.

<sup>30</sup> ALEXY, *op. cit.* p. 92.

<sup>31</sup> ALEXY, *op. cit.* p. 94.

<sup>32</sup> ALEXY, *op. cit.* p. 94.

<sup>33</sup> ALEXY, *op. cit.* p. 159.

<sup>34</sup> ALEXY, *op. cit.* p. 161.

<sup>35</sup> ALEXY, *op. cit.* p. 167. Sobre a universalidade na teoria da argumentação jurídica de Neil MacKormick, cf. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica* (Perelman, Toulmin, MacKormick, Alexy e outros), 2000, p. 182-185. Ainda sobre o requisito da universalidade, cf. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica...*, p. 259 e ss.

<sup>36</sup> HABERMAS, *Direito e democracia*, vol. I, p. 247.

<sup>37</sup> GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica*, 2000, p. 90-91.

<sup>38</sup> Cf. a ácida crítica dos autores à teoria dos princípios em ALEXANDER, Larry & KRESS, Kenneth. *Contra os princípios jurídicos*. In: Andrei Marmor (org.), *Direito e interpretação*, 2000, p. 419-492.

<sup>39</sup> Sobre o conceito semântico de norma e o nível pragmático da teoria da validade, cf. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 51-61. Tais problemas são centrais na teoria do direito, pois incluem decisões sobre o objeto e o método, sobre o caráter da própria disciplina. Contudo, uma discussão aprofundada sobre a validade dos princípios exigiria uma investigação exclusiva. Para uma discussão esclarecedora sobre as teorias da validade e os princípios, cf. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, cap. 3.

<sup>40</sup> GÜNTHER, *op. cit.* p. 85.

<sup>41</sup> GÜNTHER, *op. cit.* p. 92.

<sup>42</sup> HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. 1997.

<sup>43</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*, mimeo, 1999, 11 p.

<sup>44</sup> HABERMAS, *Direito e democracia...*, vol. I, p. 20-21.

<sup>45</sup> O acórdão, com o voto integral da Sra. Relatora, encontra-se disponível no site <http://www.trf1.gov.br>. Atualmente, havendo transitado em julgado a decisão do TRF – 1ª Região, o processo se encontra em fase de execução de sentença, com a efetiva realização das obras de saneamento na cidade de Rio Branco – Acre.

<sup>46</sup> ALEXY, *op. cit.* p. 494.

---

## Referência Bibliográfica:

ALEXANDER, Larry & KRESS, Kenneth. *Contra os princípios jurídicos*. In: MARMOR, Andrei (org.). *Direito e interpretação*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 419-492.

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. de Jorge M. Seña. 2ª ed. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*.

Trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica (Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros)*. Trad. de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 5ª ed. Brasília: UnB, 1994.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucionalmente adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito*, mimeo, 1999, 11 p.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

CHUEIRI, Vera Karam de. *A dimensão jurídico-ética da razão: o liberalismo jurídico de Dworkin*, mimeo, s.d., 42 p.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1989.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro – 1º vol.* 13ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness: application discourse in morality and law*. Translated by John Farrell. New York: State University of New York, 1993.

\_\_\_\_\_. *Uma concepção normativa de coerência: para uma teoria discursiva da argumentação jurídica*. Trad. de Leonel Cesarino Pessoa. In: *Cadernos de Filosofia Alemã*, n. 6. São Paulo: Departamento de Filosofia da USP, 2000, p. 85-102.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, vol. I. Trad. de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

\_\_\_\_\_. *Postscriptum (ao conceito de direito)*. Trad. de Magdalena Holguín. In: *La decisión judicial: el debate Hart – Dworkin*. Estudo preliminar de César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes, 1997, p. 89-141.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamago. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *Apelação cível 1999.01.00.068900-9/AC*. Acórdão e outras informações sobre o processo obtidos no site <http://www.trf1.gov.br>, acessado em 03/09/2001, às 22:00 h.